

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

JORGE CÂNDIDO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS
E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS**

CRICIÚMA

2017

JORGE CÂNDIDO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS
E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. Ma. Débora Ferrazzo.

CRICIÚMA

2017

JORGE CÂNDIDO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS
E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do grau de bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 12 de junho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.Ma. Débora Ferrazzo (UNESC) – Orientadora

Profa. Dra. Fernanda da Silva Lima

Prof. Me. Luiz Eduardo Lapolli Conti

Dedico este trabalho à minha família, em especial à Priscila, Pâmela e Vinícius, que são minha fonte de inspiração, também aos meus professores, amigos, colegas de curso, e principalmente a Deus pelo amparo recebido diante das muitas dificuldades que enfrentei durante esta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me concedido saúde, sorte e sabedoria para vencer esta etapa tão importante da minha realização como pessoa.

Agradeço à minha família, aos meus colegas de curso, e a todos os meus amigos, pela paciência e pelo apoio prestado.

Agradeço à UNESCO, com todo seu corpo docente, à direção, aos colaboradores, ao pessoal da limpeza, da biblioteca, das cantinas, enfim, a todas as pessoas que mantiveram a minha instituição de ensino funcionando, para que eu conseguisse transformar esta busca em realidade.

“Vem, vamos embora, que esperar não é saber, quem sabe faz a hora, não espera acontecer”.

Geraldo Vandré.

RESUMO

Durante o processo de elaboração da Constituição Federal de 1988 havia muitos impasses, os quais, oriundos de diversas ideologias, que além de influenciarem no conteúdo dos dispositivos constitucionais, dificultavam a evolução dos trabalhos, o que, por consequência, fez com que a Constituição, ao ser promulgada, trouxesse em seu texto muitas normas ainda carecendo de regulamentação para sua efetividade, razão pela qual, o constituinte originário, criou o remédio constitucional “mandado de injunção”, sendo este, um instrumento capaz de lidar com essa carência e permitir o efetivo exercício do direito pretendido pela norma. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI 107/DF, logo após a promulgação da Constituição, proferiu uma decisão que prestou ao remédio mera função declaratória, tornando-o incapaz de produzir uma solução concreta ao exercício do direito em questão, sendo que tal decisão fixou jurisprudência, determinando o rumo de decisões no mesmo sentido por quase vinte anos, vindo somente em 2007, a partir do julgamento do MI 670/ES, a ser superada essa visão, adotando-se novo posicionamento, denominado pela doutrina de “concretista”, que estabeleceu um novo marco jurisprudencial e passou a orientar as decisões a partir de então. O presente trabalho tem por objetivo principal fazer uma análise da evolução jurisprudencial do mandado de injunção, e para tanto, confronta argumentos utilizados para sustentar ambas as teses, a não concretista tida inicialmente, e a concretista atual. Também é feito um estudo sobre o Constitucionalismo e sobre as formas de controle de constitucionalidade. Para seu desenvolvimento foi realizada uma pesquisa teórica e qualitativa, com uso de material bibliográfico composto de livros e artigos, bem como documental com análise de jurisprudências e legislação.

Palavras chave: constitucionalismo, controle difuso de constitucionalidade, direitos e garantias constitucionais, mandado de injunção, posição concretista.

ABSTRACT

During the process of elaborating the Federal Constitution of 1988 there were many impasses, which, stemming from diverse ideologies, which, in addition to influencing the content of constitutional provisions, hindered the evolution of the work, which consequently made the Constitution, When promulgated, brought in its text many rules still lacking regulation for their effectiveness, which is why the original constituent created the constitutional remedy "man-given injunction", which is an instrument capable of dealing with this And allow the effective exercise of the right intended by the norm. However, the Federal Supreme Court, in ruling MI 107 / DF, shortly after the promulgation of the Constitution, issued a decision that rendered the remedy merely a declaratory function, rendering it incapable of producing a concrete solution to the exercise of the right in question. - that this decision established jurisprudence, determining the direction of decisions in the same direction for almost twenty years, only coming in 2007, from the judgment of MI 670 / ES, to be overcome this vision, adopting a new position, called by the Doctrine of "concrete", which established a new jurisprudential framework and began to guide decisions from then on. The main purpose of this paper is to analyze the jurisprudential evolution of the injunction, and to this end, it confronts the arguments used to support both theses, the non-concretist thesis, and the current concretist. A study on Constitutionalism and forms of constitutionality control is also made. For its development was accomplished an theoretical and qualitative research, with use of bibliographic material composed of books and articles, as well as documentary with analysis of jurisprudence and legislation.

Key words: constitutionalism, diffuse constitutionality control, constitutional rights and guarantees, writ of injunction, concretist position.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
<u>1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E NOTAS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</u>	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E DAS SUAS GARANTIAS	12
1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO MARCO JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEO	19
1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	26
1.3.1 CONTROLE CONCENTRADO	26
1.3.2 CONTROLE DIFUSO	29
<u>2 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA TUTELA DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS</u>	35
2.1 ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO E ADVENTO DA LEI 13.300/2016	36
2.2 PROCEDIMENTOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO	37
2.3 EFEITOS DA DECISÃO E AS DISTINTAS POSIÇÕES EM MANDADO DE INJUNÇÃO	39
2.4 O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI 13.300 DE 2016	42
<u>3 A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</u>	44
3.1 A POSIÇÃO NÃO CONCRETISTA E O JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO 107/DF	44
3.1.1 SÍNTESE DO VOTO DO MINISTRO MOREIRA ALVES NO MI 107/DF	45
3.2 O JULGAMENTO DO MI 670/ES COMO UM MARCO JURISPRUDENCIAL CONCRETISTA	50
3.2.1 SÍNTESE DO ACÓRDÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO 670/ES	52
3.2.2 SÍNTESE DO MI 721, RELATIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL, ART. 40, § 4º, CF	54
<u>4 CONCLUSÃO</u>	56
ANEXO A	61
ANEXO B	62

INTRODUÇÃO

O mandado de injunção consiste num remédio constitucional criado pelo Poder Constituinte Originário como forma de combater a chamada "Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais de Eficácia Limitada", que decorre da ausência de regulamentação de normas previstas na Constituição Federal, o que por consequência impede que elas cumpram sua função de garantir o exercício de direitos de cidadania. Porém, este remédio teve, por muitos anos, sua eficácia suprimida por um entendimento não concretista adotado pelo Supremo Tribunal Federal logo após a promulgação da Constituição, equiparando o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dessa forma, prestando ao mesmo, mera função declaratória da mora legislativa, e impossibilitando-o de prestar efetividade às normas constitucionais, e permitir, concretamente, o exercício de direitos constantes na Constituição Federal, vindo a se tornar efetivo somente em 2007 onde prevaleceu a corrente concretista que determinou nova jurisprudência, a qual perdura até hoje.

O objetivo desse trabalho então, é fazer uma análise acerca da evolução jurisprudencial do mandado de injunção, uma vez que se torna relevante, dentro de um Estado democrático de direito, entendermos, porque que um instrumento que poderia ser tão decisivo na realização concreta de direitos ficou por tanto incapacitado de cumprir tal função, a qual justificou sua introdução no nosso ordenamento jurídico pelo Constituinte.

Iniciaremos esse estudo, fazendo, no primeiro capítulo, uma abordagem sobre o constitucionalismo moderno nas suas origens, procurando demonstrar as circunstâncias em que se encontravam as diferentes sociedades, em determinados momentos da história da humanidade, as quais levaram estas sociedades a adotarem os documentos constitucionais como forma de garantir que, não mais, fossem impostas às mesmas, as formas arbitrárias de governo, que caracterizavam-se por perpetuar a supressão de direitos dos governados.

Também verificaremos o contexto que fez surgir o controle de constitucionalidade das leis, bem como descreveremos suas formas, dispensando atenção especial ao controle difuso, onde está inserido o remédio, objeto do presente estudo.

No segundo capítulo, faremos uma verificação do mandado de injunção com relação aos direitos constitucionais por ele tutelados, abordando aspectos relativos aos procedimentos quando da utilização do referido remédio constitucional, analisando seus efeitos, bem como o processo legislativo para sua impetração.

Por fim faremos uma comparação entre o julgamento do mandado de injunção logo após a promulgação da Constituição, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma interpretação equivocada, criaria jurisprudência tornando o instituto ineficaz por quase vinte anos, vindo somente a assumir seu papel como um instrumento concretizador de direitos no ano de 2007 com a adoção da posição concretista, sendo estabelecida nova direção jurisprudencial, emergindo então, da simples função que lhe foi outrora prestada, de apenas declarar a inércia do legislador, para sim, garantir concretamente em favor do impetrante, o acesso a direitos, garantias e prerrogativas constitucionais.

A metodologia utilizada para a realização do trabalho foi pesquisa bibliográfica através de Livros e artigos, bem como documental, com análise de jurisprudências e legislação.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E NOTAS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Evolução histórica do constitucionalismo e das suas garantias

Iniciaremos este capítulo partindo de uma análise acerca das origens e fundamentos do Constitucionalismo, pois isso nos permitirá uma melhor compreensão dos elementos que em determinados momentos da história levaram as sociedades a reivindicarem a positivação de seus direitos como forma de garantia contra a arbitrariedade dos governos em detrimento dos governados.

O termo “constitucionalismo”, segundo Barroso (2015, p.28-29), está associado aos processos francês e americano, sendo que suas ideias centrais, surgiram na Antiguidade Clássica, provenientes, principalmente da Polis grega, de meados do século V a.C., e significam limitação do poder e supremacia da lei.

Um Estado constitucional, conforme Barroso (2015, p.29-30), abriga limitações ao poder em três esferas, sendo elas, “limitações materiais”, que dizem respeito a valores e direitos fundamentais, como, dignidade da pessoa humana, liberdade de religião, de expressão, acesso à justiça, entre outros. Há também “limitações quanto a estrutura orgânica”, que dão diretrizes às funções legislativa, executiva e judiciária, as quais devem ser independentes, porém, permitindo controle entre si, além das chamadas “limitações processuais”, que impõem aos órgãos de poder, não só o desempenho de suas funções com observância à lei, mas também respeitando o devido processo legal, o qual contempla regras e princípios tais como, ampla defesa, contraditório, razoabilidade, proporcionalidade.

Siqueira Júnior expõe que:

[...]Em qualquer Estado, qualquer época, em qualquer lugar, houve e haverá sempre um conjunto de regras fundamentais que respeitem a sua estrutura, atividade e organização. A constituição poderá ser escrita ou não, simples ou complexa, mas será sempre uma ordem jurídica soberana[...]Historicamente, o termo “constituição” é empregado para designar o conjunto de normas que organizam o Estado, ou leis supremas que organizam o poder (SIQUEIRA JÚNIOR, 2012, p. 19).

Ainda segundo Siqueira (2002, p. 19), a Constituição não se encontra dissociada da realidade histórica concreta de seu tempo, e caracteriza a mesma como

sendo um pacto entre o soberano e o povo, constituindo os princípios e alicerces do Estado, bem como a limitação ao seu poder.

Bonavides (2001, p. 110), dá uma definição de Estado, a partir do pensamento de Immanuel Kant, filósofo prussiano considerado o principal da era moderna, a qual diz que Estado é: “a união de uma multidão de homens sob as leis do Direito”.

E segue com o pensamento de Kant, a respeito dos poderes estatais:

Constrói Kant, com os três poderes, autêntico silogismo da ordem estatal, em que o Legislativo é a premissa maior, o Executivo a menor, e o Judiciário a conclusão. Deve caber sempre o Poder Legislativo à vontade unida do povo, visto que daí emana todo o Direito. A lei, segundo Kant, nunca pode fazer mal a ninguém, o que não acontece – diz ele – quando alguém tem o poder de dispor sobre os seus semelhantes. Ninguém, no entanto, se prejudica quando delibera sobre si mesmo (BONAVIDES, 2001, p. 113).

Canotilho (2003, p. 51-52), ao definir constitucionalismo, ao qual prefere denominar “movimentos constitucionais”, diz que o constitucionalismo moderno se constituirá numa técnica para limitar poder e conquistar garantias, conforme o autor:

[...]constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.[...]É no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2003, p.51-52).

Acerca do constitucionalismo no Reino Unido, Barroso (2015, p. 34-35), demonstra que a Constituição inglesa é fruto de um longo desenvolvimento histórico. Segundo ele, por volta do século X, vários reinos anglo-saxões localizados nas ilhas britânicas encontravam-se unificados pelo reino da Inglaterra, sendo que no ano de 1066, com a invasão e ocupação normanda, foram introduzidos os feudos, que se desenvolveram e foram proporcionando, cada vez mais, força política aos barões, os quais, em 1215, impuseram a criação da Magna Carta ao rei João Sem Terra. No século XIII, o rei convoca e mantém sob seu controle, o Parlamento, que era com-

posto por aristocratas, clérigos e representantes da baixa aristocracia e burguesia urbana. Barroso (2015) relata que, ao final do século XVI, a Inglaterra já se tornara uma monarquia estável, e de onde, no século XVII se construiriam as bases do constitucionalismo moderno, oriundas de uma disputa que se travaria entre a aristocracia parlamentar e a monarquia absoluta, sendo que, no ano de 1628, o Parlamento elabora a *Petition of Rights*, que além de limitar o poder do rei, reconhece direitos e liberdades a seus súditos.

Explica Barroso:

Fruto de um longo amadurecimento histórico, o modelo institucional inglês estabeleceu-se sobre raízes tão profundas que pôde prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional. Embora a Revolução inglesa não tenha tido o épico e a ambição de propósitos da Revolução Francesa, o modelo inglês projetou sua influência sobre diferentes partes do mundo, diretamente ou indiretamente (através dos Estados Unidos) (BARROSO, 2015, p. 35-36).

No que se refere ao Constitucionalismo Americano, Barroso (2015, p. 42-43), comenta que, mesmo após mais de duzentos anos de vigência da Constituição americana, esta, ainda é composta por apenas sete artigos, com poucas emendas a ela editadas desde então. É um Estado republicano com sistema de governo presidencialista, com separação de poderes entre, Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que seu sistema jurídico segue pela tradição do *common Law*, que dá aos tribunais grande poder de criação e adaptação do Direito. Barroso destaca que, ao longo da história do direito constitucional americano, a Suprema Corte, que é um órgão supremo do judiciário, valendo-se de sua condição privilegiada de intérprete maior da Constituição, e por esta conter um número tão reduzido de artigos, com cláusulas gerais e abertas, tem sido protagonista de decisões que representam tanto avanços como retrocessos.

Expõe Barroso que:

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão do supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (justices). Desde que avocou a condição de intérprete maior das Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tare-

fas, definir as competências e prerrogativas do próprio Judiciário, do Legislativo e do Executivo, demarcar os poderes da União e dos Estados dentro de um sistema federativo, estabelecer o sentido e alcance de princípios fluidos, como devido processo legal (procedimental e substantivo) e igualdade perante a lei, assegurar liberdades fundamentais, como liberdade de expressão e o direito de privacidade e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal, traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica (BARROSO, 2015, p.44).

A respeito do Constitucionalismo Francês, Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2016, p.53), considera que a era do constitucionalismo moderno, a partir das constituições escritas pelos Estados norte-americanos, que deram origem à Constituição Federal de 1787, iniciaria sua trajetória com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no ano de 1789, na França, que, na visão do autor, trazia um novo conceito de Constituição ao expor em seu artigo 16, que a sociedade que não assegurasse a garantia aos direitos individuais e não estabelecesse a separação dos poderes não teria Constituição.

Barroso (2015, p. 49-50), aponta que a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, quando a população até então via-se sufocada por um regime de dominação, e por meio da qual passou a conquistar direitos de cidadania libertando-se da exploração das classes dominantes privilegiadas, conseqüentemente derrubando absolutismo e fazendo emergir o Estado Liberal, estabeleceu um marco que mudaria a história. Nas palavras de Barroso:

A Revolução não foi contra a monarquia, que, de início, manteve-se inquestionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero, e as relações feudais no campo. Sob o lema “Liberdade, igualdade e fraternidade”, promoveu-se um conjunto amplo de reformas anti-aristocráticas, que incluíam: a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero (BARROSO, 2015, p. 51).

Barroso (2015, p.49-51), comenta que a revolução francesa, na sua primeira fase, que durou de 1789 a 1792, deu fim ao absolutismo, procurando criar uma monarquia constitucional e parlamentar, na qual o rei não mais seria soberano por direito próprio, sendo agora delegado da nação. Segundo Barroso, é a partir do reinado de Luís XV (1723-1774), adepto das ideias iluministas, que começa a ser superada a ideia de rei como expressão da divindade. Conforme o autor:

Iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da Fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade (BARROSO,2015,p. 49).

Ainda conforme Barroso (2015), merecem destaque os filósofos: Rousseau, Voltaire, Locke, Montesquieu e Descartes, como importantes pensadores da ciência política.

De acordo com Canotilho (p. 107), o racionalismo iluminista, ao assumir a razão, alavancaria, no campo teórico, a ideia de uma lei, estatuto ou constituição, com capacidade para criar e ordenar uma comunidade política. Canotilho ressalta ainda, que os políticos e doutrinadores acreditavam na validade geral e universal das suas construções constitucionais, bem como na força conformadora absoluta proveniente de normas abstratas e gerais, emergindo a teoria da lei geral e abstrata, a qual, produto da razão e manifestação da vontade geral, e que vinculava a todos os cidadãos, além de ser aplicável a todos fatos por ela elencados.

Barroso (2015, p. 51-52), relata que a Revolução francesa seguiu atravessando diversas fases hostis, de muito radicalismo político, sendo que em 1799, chega ao poder através de um golpe de Estado, o general Napoleão Bonaparte, assumindo primeiramente como cônsul, depois, como ditador, e por fim imperador, dando início a era napoleônica que perdurou até o mesmo ser vencido em campo de batalha em 1814, tendo como consequência, sua abdicação.

Conforme Barroso (2015, p.52), seguiu-se então, entre 1814-1815, a restauração da Monarquia, porém já sem a força de manter sua característica absolutista tal qual era antes da Revolução. Barroso expõe, que a Revolução Francesa, com destaque à era napoleônica, promoveu mudanças no modo de pensar e de agir não só na França, mas em toda Europa e no mundo, e que, o absolutismo, os privilégios da nobreza, o poder incontestável da Igreja Católica, entre outras formas de dominação já não podiam se sobrepor aos desejos de liberdades e direitos da população como outrora ocorria. Segundo Barroso, as instituições políticas e o constitucionalismo neste momento da história já consolidavam direitos e garantias como: igualdade formal, propriedade privada, sufrágio universal, soberania popular e separação de

poderes, iniciando-se o Estado Liberal burguês que passava a servir-se de poder econômico e político.

Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2016, p. 54), consideram como uma das peculiaridades do constitucionalismo francês, em comparação ao modelo norte-americano, o fato de a Assembleia Nacional Constituinte na França ter representado uma ruptura com o passado, sendo que a declaração dos direitos fundamentais, além de limitar o poder do Estado, extinguiu o direito feudal e acabava com os privilégios da aristocracia.

Altman (2011), destaca que a Constituição do México promulgada em 1917, foi a primeira Constituição da História a incluir em seu texto direitos sociais, elencando medidas referentes ao trabalho e à proteção social, e promovendo reformas no sentido de restringir a posse de explorações mineiras e de terras por estrangeiros. Altman relata que a Constituição mexicana, além de alavancar a reforma agrária, criou leis sociais como a jornada de trabalho de oito horas, direito à associação sindical, salário mínimo, limitação do trabalho feminino e infantil e direito de greve.

Comparato (1995), lembra que a Constituição Mexicana teve como fonte ideológica a doutrina anarcossindicalista, que se difundiu no final do século XIX em toda a Europa, em especial na Rússia, na Espanha e na Itália, sendo que, um grupo chamado *Regeneración*, formado por jovens intelectuais opositores ao ditador Porfírio Díaz, e liderado por Ricardo Flores Magón, que era influenciado pelo pensamento de Mikhail Bakunin, um teórico político e destacado revolucionário russo, lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto com ampla repercussão, contendo propostas que se tornariam as bases da Constituição de 1917, proibindo a reeleição presidencial, garantindo liberdades individuais e políticas, rompendo com o poder da Igreja Católica, expandindo o sistema de educação pública, promovendo a reforma agrária, e protegendo o trabalho assalariado.

Segundo Comparato (1995), a Constituição Mexicana foi a primeira a atribuir qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas, colocando-os ao lado das liberdades individuais e dos direitos políticos, e destaca que a Constituição mexicana estabeleceu o princípio da igualdade na relação contratual entre trabalhadores e empresários e implementou a responsabilidade por parte dos empregadores com relação a acidentes de trabalho, lançando os fundamentos para a construção

do moderno Estado Social de Direito, destacando ainda, que a Constituição tornou ilegais as práticas de exploração mercantil do trabalho, ou seja, práticas que configuravam exploração da pessoa humana, as quais apoiavam-se na prerrogativa da liberdade de contratar, destacando também, como um importante avanço, a abolição do caráter absoluto da propriedade privada, e condicionando seu uso ao interesse público.

Comparato (1995) destaca ainda, que a Constituição Mexicana inspirou Constituição de *Weimar* de 1919, assim como todas as convenções aprovadas pela Organização Internacional do Trabalho na Conferência de Washington também em 1919, as quais regularam matérias que já existiam da Constituição mexicana.

Ao descrever o Constitucionalismo alemão, Barroso (2015, p. 58-59), resalta que a Constituição de *Weimar*, promulgada na Alemanha em 11 de agosto de 1919, após o fim da Primeira Guerra Mundial, tornou-se um dos mais importantes documentos constitucionais da história, sendo fruto de diversas ideologias, buscando conciliar tendências políticas contrárias. Comenta Barroso, que a Constituição de *Weimar*, que vigeu de 1919 a 1933, além de reorganizar o Estado, traçando diretrizes da relação entre os entes federativos e entre os Poderes do Estado alemão, representou um marco do constitucionalismo social, ao elencar em seu texto uma vasta gama de direitos fundamentais, tais como: proteção ao trabalhador, direito a educação, cultura, entre outros. Contudo, expõe Barroso, que as condições em que se deu a promulgação da Constituição, com a Alemanha sendo responsabilizada pela guerra e tendo que arcar com as reparações aos danos causados a outros países como imposição do Tratado de Versalles, comprometeu sua real efetivação, e que, tal imposição diante de uma nação empobrecida como consequência da guerra, constituiu-se um fardo muito pesado para o povo alemão suportar, e um terreno fértil para Adolf Hitler proliferar suas ideias, culminando com a ascensão do regime nazista, e sua chegada ao poder, que agora, na condição de Chanceler, cria em 1933, a “lei de autorização”, que lhe permite editar leis, mesmo que estas afrontem o texto constitucional, pondo fim à Constituição de *Weimar*.

Barroso (2015, p. 60), lembra que, com o término da Segunda Guerra Mundial, e os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, é promulgada em 23 de maio de 1949, a Lei Fundamental da República da Alemanha, a qual traz em sua essência, a reafirmação dos valores democráticos. Nas palavras do autor:

A Constituição enuncia os direitos fundamentais logo em sua abertura, com foco nos tradicionais direitos de liberdade, como a inviolabilidade corporal, a liberdade de locomoção, de expressão e de consciência, dentre outros. O art. 1º diz respeito à proteção da dignidade da pessoa humana, considerada inviolável. Não há previsão clara de direitos sociais, mas a sua existência tem sido reconhecida, sobretudo com base na cláusula do Estado Social, aliada à eficácia irradiante dos direitos fundamentais e à teoria dos deveres de proteção (BARROSO, 2015, p. 60).

Ferreira Filho (2008, p. 393), explica que as Constituições escritas têm suas bases em princípios políticos tidos como dogmas, e cita como exemplo a Constituição Federal do Brasil de 1988, que, segundo ele, assim como as demais Constituições contemporâneas, tem uma “textura aberta”, elencando princípios obrigatórios, auto executáveis nela inseridos, que demandam uma flexibilização dos imperativos constitucionais diante da realidade, lembrando que as Constituições dogmáticas dos séculos XVIII e XIX, bem como as da primeira metade do século XX, abarcavam princípios que em seu texto figuravam como regras e princípios que estavam na mente dos constituintes e nos textos constitucionais, e comenta sobre a Constituição Federal de 1988, expondo que:

[...] a Constituição brasileira poderia ser, por indução, reduzida a alguns princípios, em última instância, princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio federativo, princípio da separação dos poderes, princípio liberal, ou da limitação do poder, princípio social, ou da proteção aos economicamente fracos (FERREIRA FILHO, 2008, p.393).

Destaca ainda, Ferreira Filho (2008, p. 393-394), que numa Constituição como a nossa, há princípios explícitos, tais como o artigo 37 que trata de legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que são de observação obrigatória por parte da administração pública, a qual deve orientar-se conforme seus ditames, a fim de alcançar a efetivação da Constituição.

1.2 O controle de constitucionalidade no marco jurisdicional contemporâneo

O controle de constitucionalidade surgiu como reação à arbitrariedade do poder político em desfavor dos direitos dos cidadãos configurando-se portanto numa postura de combate à supressão de garantias constitucionais.

Segundo Abboud (2014, p. 435-437), o controle de constitucionalidade origina-se na Inglaterra, com o *Bonham's case*, que teve decisão de Sir. Edward Coke, traduzida numa manifesta defesa do cidadão contra excessos cometidos pelo poder político, e, para os autores, o principal antecedente da *judicial review*, posteriormente consagrada no caso *Marbury vs Madison*. Comentam que, o caso *Bonham (Bonham's case – The College Physicians vs Dr. Thomas Bonham)*, tinha como partes, de um lado o Colégio de Médicos, instituição responsável pela concessão de licenças para a prática da medicina, à qual, em 1540, foram concedidos amplos poderes, por meio da lei *Act of Parliament*, promulgada pelo Parlamento inglês, sendo que esta lei permitia ao Colégio de Médicos, que não possuía vínculo com nenhuma Universidade, admitir e expulsar sócios, bem como prender infratores que porventura viessem a praticar medicina sem licença ou dela fizessem mau uso, mantendo-os em cárcere pelo tempo que julgasse conveniente, utilizando-se desses poderes para perseguir diversos médicos.

Conforme Abboud (2014, p. 437-438), em 1605, o médico Thomas Bonham, formado pela Universidade de Cambridge, após ter encaminhado ao Colégio de Médicos uma petição requerendo o direito a administrar medicamentos e tê-la negada, passou a exercer a medicina mesmo sem essa autorização, sendo-lhe impostas multas e, ao ser chamado a comparecer perante o presidente do Colégio para explicar-se, contestou a autoridade do mesmo e da própria instituição, o que lhe rendeu também prisão por desacato. Após revogada a prisão, que durou menos de uma semana, em virtude de o advogado de Bonham ter impetrado habeas corpus no tribunal *Common Pleas*, presidido por Edward Coke, o Colégio de médicos, após consultar renomados juízes e confiante de que o habeas corpus contrariava o que fora estabelecido em lei, resolveu levar o caso aos tribunais da *common Law*, sendo que a lide foi instaurada no tribunal *Common Pleas* com presidência de Cocke. No processo, Bonhan, além de reclamar cem libras a título de danos em razão de sua prisão, defendia que a lei fora criada com o intuito banir práticas médicas incorretas, realizadas por impostores, não se aplicando ao seu caso, uma vez que ele havia sido formado pela Universidade de Cambridge. Porém, a Lei de 1540 era clara ao outorgar ao Colégio de Médicos o poder de apenar, bem como realizar prisões a quem exercesse medicina sem licença, e assim, o tribunal do *King's Bench*, em 03.02.1609, paralelamente ao julgamento do *common Law*, decidiu contra Bonham,

que foi condenado a pagar sessenta libras por prática ilícita de medicina restando decretada sua prisão por não dispor dessa quantia, sendo que, após um ano, o caso teve decisão a seu favor, agora pelo tribunal *Common Pleas*.

Para Abboud (2014, p. 439), o desfecho foi favorável à Bonhan, porque Edward Coke proferiu uma sofisticada decisão ao caso, que começava distinguindo dois poderes, com fundamentos em cláusulas também distintas, oriundos da autoridade concedida pelo rei ao Colégio de Médicos: a) multar aquele que praticasse medicina sem licença; b) apenar com prisão quem fizesse mau uso da prática médica. Abboud e Tomaz de Oliveira comentam que Coke considerou não ser lícito o Colégio de Médicos apenar com prisão alguém que, mesmo não tendo a licença do Colégio, praticasse medicina adequadamente, e que tal prática poderia acarretar somente imposição de multa, sendo que a decisão demonstrava existir uma inflexível vinculação jurisprudencial, ou seja, solução pronta para casos futuros. Conforme os autores:

[...] Edward Coke, nos idos de 1600, já sabia que todo caso possui uma especificidade que lhe é inerente.[...] a partir dessa decisão, herdamos o democrático instituto do controle difuso de constitucionalidade das leis, justamente para não esquecermos que todo caso concreto demanda atividade interpretativa para sua resolução, do mesmo modo que todo texto normativo abstrato, ainda que dotado de efeito vinculante, pode ser afastado quando sua incidência se apresentar inconstitucional no caso concreto. Ou seja, é a *judicial review* que nos ensinou ser possível ao juiz, em hipóteses excepcionais, se afastar da lei no caso concreto para se aproximar da Constituição. [...] Coke teria antecipado princípios fundamentais do direito sancionador no Estado de Direito [...] a obrigatoriedade de se examinar a proporcionalidade (razoabilidade) das penas e principalmente a possibilidade de se examinar mérito de ato administrativo quando violador da legalidade vigente (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014, p. 438-440)

Siqueira Jr. (2012, p. 79), expõe que o controle de constitucionalidade emana da evolução do sistema difuso, que é característico da *common law*. Comenta o autor, que o controle difuso de constitucionalidade surge a partir da decisão da Suprema Corte norte-americana, presidida por John Marshall, ao julgar o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, inaugurando assim, segundo Siqueira, a jurisdição constitucional, sendo que, a citada decisão conferiu à Suprema Corte, o poder de dizer o que é lei. Lembrando Siqueira, que tal prerrogativa, com o passar do tempo, passou a abranger todo Judiciário, porém permanecendo a Suprema Corte, como detentora da última palavra.

Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2016, p. 901), ao comentar a experiência constitucional americana, avalia que o precedente firmado pelo caso *Marbury vs. Madison* proclamou a superioridade da Constituição, e conferiu ao Judiciário como seu interprete maior, a partir de então, o poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis, dessa forma, deixar de aplicar a lei ao caso concreto, quando esta estivesse em desacordo com a Constituição, segundo Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2016), consagrando o controle difuso de constitucionalidade.

Prosseguindo com o relato do caso acima citado, Abboud (2014, p. 442), expõe que os Estados Unidos haviam recentemente saído de uma revolução que resultou na proclamação da independência e a instituição da federação e tinha início o mandato de Thomas Jefferson, democrata-republicano que nas eleições de 1800 derrotou federalista John Adams, o qual, após a derrota, permaneceu no governo ainda por alguns meses e, com o intuito de manter a influência do partido federalista nos estados, promoveu, com o apoio do congresso com o qual governou durante os últimos dois anos de seu mandato, diversas reformas, entre as quais, criou dez novas cortes distritais e passou de três para seis, o número de tribunais federais, criando assim novos cargos de juízes, bem como, concedeu a si mesmo, o poder de nomear juízes federais e juízes de paz, e reduziu de seis para cinco o número de juízes da Suprema Corte, além de tornar impossível ao novo presidente, nomear um novo juiz.

Abboud (2014, p. 443-444), destaca que um dos juízes nomeados nessa manobra política batizada como *Midnight Judges Act*, foi o juiz de paz Willian Marbury, que acabou por não ter sua nomeação formalizada pelo então secretário de justiça de Adams, John Marchal, até a saída de Adams do governo, assim, logo que iniciou o governo democrata-republicano, Marbury ingressou na Suprema Corte com uma ação judicial, chamada de *writ of mandamus*, requerendo o devido diploma de nomeação para que pudesse exercer o cargo, pois o pedido fora negado por James Madson, secretário do novo governo. Conforme Georges e Rafael, a proposição da ação, que ocorreu em dezembro de 1801, “foi como atear fogo em um barril de pólvora”, sendo que já no primeiro semestre de 1802, o Congresso, que passou a ser composto por maioria republicana, mobiliza-se e aprova *Judiciary Act*, ato de revisão que revoga o *Midnight Judges Act*, resultando na reorganização da composição dos distritos e extinção das vantagens então obtidas pelo partido federalista, criando ain-

da dificuldades para que a Suprema Corte se reunisse até fevereiro de 1803, pois temia ser questionado sobre esta nova manobra política.

Conforme Abboud (2014, p. 444-445), quando a Suprema Corte, presidida por Jonh Marchal, voltou a se reunir, teve que priorizar a decisão sobre a nomeação de Willian Marbury num momento delicado da jovem República, com diversos interesses em conflito, e Marchal, diante deste contexto, e ciente do risco de que, se simplesmente reconhecesse o direito de Marbury à diplomação, Thomas Jefferson e o partido republicano, que tinham o controle sobre o Executivo e Legislativo, não aceitariam e nem cumpririam a decisão do Judiciário, o qual cairia em descrédito, resolveu a lide usando uma argumentação que transformaria o direito constitucional, reconheceu o direito à impetração do *writ of mandamus* por parte de Marbury, contudo negou a competência da Suprema Corte para julgar o mérito da ação, declarando existir uma inconstitucionalidade que viciava o *Judiciary Act* desde sua origem, dizendo que o ato do Congresso, que ampliava a competência originária da Suprema Corte, era nulo, pois contrariava as atribuições conferidas a ela pela Constituição, e essa decisão foi a base do *Judicial Reiew*, conforme os autores:

[...] Nesse sentido, se ao Congresso fosse autorizado modificar a Constituição do mesmo modo que se altera uma lei ordinária, a sua supremacia seria, uma grande ficção. A Constituição seria, assim, uma vã tentativa dos homens de limitar um poder que, no final, sempre se mostra ilimitado. A partir de então, ficou assentada a possibilidade de o judiciário rever os atos do Congresso que fossem contrários à Constituição, inaugurando o *Judicial Review of Legislatium* (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014, p. 445).

Ackel Filho (1991, p. 7), relata que a palavra de origem inglesa *writ*, significa: escrito, ordem, lei, e em linguagem jurídica refere-se a um mandado, uma ordem para que alguma autoridade competente cumpra a lei.

Ackel Filho destaca (1991, p. 8-10), entre outras espécies de *writs*, o *Writ of habeas corpus* – o qual comenta que apesar de estar previsto já Carta Magna, foi com a edição do *Habeas Corpus Act*, que veio a adquirir caráter processual; o *Writ of prohibition* – cuja principal função é corrigir a atuação jurisdicional, impedindo que órgãos jurisdicionais inferiores julguem além de suas competências; o *Juicio de amparo* – proveniente do direito mexicano, que visa garantir direitos fundamentais; o *Writ of error* – que é utilizado em casos onde se faz necessária revisão de atos dos tribunais norte-americanos; e o *Writ quo warranto* – semelhante à nossa ação popu-

lar, que é utilizado para coibir atos de agentes que, no exercício de funções de caráter público, possam vir a violar o interesse coletivo.

Ackel Filho (1991, p. 11), lembra que já houve muita controvérsia quanto à natureza do *writ*, com umas teorias defendendo ser ação, enquanto outras, um remédio de natureza constitucional. Para o autor trata-se de uma ação, conforme menciona abaixo:

[...] Em todas as espécies de writ se verifica o exercício de um direito subjetivo à prestação jurisdicional (ação), visando um provimento mandamental a ser editado pelo órgão jurisdicional, através de um instrumento adequado (processo), em que se assegura a igualdade, o contraditório e o direito de defesa, ainda que por via sumária. Tudo com vista a um dano ou ameaça de dano a direito incontestável.[...] É também, remédio. Contudo, esse remédio é veiculado através da ação. Em outros termos, a ação é o próprio remédio (ACKEL FILHO, 1991, p.11-12).

Ackel Filho (1991, p. 11), ressalta ainda, que o *writ*, por ser uma ação, demanda um processo, o qual deve obedecer a regras procedimentais perante o órgão jurisdicional, mas por ser um remédio, goza de um tratamento diferenciado do dispensado aos demais processos, objetivando uma maior celeridade na resolução da lide.

Segundo Ackel Filho (1991, p. 23-24), na época do Brasil colonial não se conhecia os *writs*, porém existiam as chamadas “cartas de seguro”, que traziam em seu texto algumas garantias fundamentais, como por exemplo: a defesa dos réus em liberdade e a proibição da prisão sem justa causa. Comenta o autor, que foi com o Código Criminal de 1840 que surgiu, de forma expressa, o primeiro *writ* do direito brasileiro, o “habeas corpus”, que logo após sua edição sofreu várias alterações, que cada vez mais foram ampliando suas hipóteses de cabimento. Ackel relata que a Constituição republicana de 1891 estendeu sua finalidade para além da proteção do direito de locomoção, passando este a tutelar outros direitos, contudo com a promulgação da Constituição de 1934, foi criado um *writ* específico para tutelar direitos outrora passados a tutela do habeas corpus, instituía-se então, o mandado de segurança. Destaca, o autor, que a Constituição outorgada de 1937 não manteve o mandado de segurança, sendo que com promulgação de uma nova Constituição em 1946, tanto o habeas corpus quanto o mandado de segurança foram reeditados, os quais foram mantidos pela Constituição de 1967, tendo o primeiro remédio, a prerro-

gativa de tutelar a liberdade de locomoção, enquanto o segundo, a função de proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus.

Ackel Filho acrescenta (1991, p. 25), que com a instauração da Ditadura Militar, as garantias dos *writs* foram consideravelmente restringidas, a exemplo da exclusão sumária da possibilidade de apreciação judicial de atos praticados sob o manto do Ato Institucional n. 5, de 1968, voltando, os remédios constitucionais, a vigorar somente a partir de 1978, sendo que na nossa Constituição de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte soube dar atenção especial aos direitos e garantias fundamentais, ao editar e ampliar estes valiosos instrumentos da sociedade brasileira em defesa da Democracia.

Conforme Lenza (2014, p. 275), o constituinte originário criou mecanismos com o intuito de controlar os atos normativos, mediante observação acerca da adequação desses mesmos atos normativos aos preceitos constantes na Constituição Federal, sendo que tal controle, pressupõe a existência de uma Constituição rígida (aquela que demanda um processo mais dificultoso para sua alteração), além de atribuição de competência à um órgão específico para promover tal alteração. Ressalta o autor, que a ideia de controle, coloca a Constituição em grau de superioridade em relação aos demais atos normativos, e cita a obra de José Afonso da Silva, que diz:

[...] a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. [...] (LENZA, 2014, p. 275).

Lenza (2014, p. 275-276), ressalta que, do princípio da supremacia da Constituição, decorre que, às normas de grau inferior, só será conferida validade se estas forem compatíveis com a Constituição. Destaca ainda, que a maioria da doutrina brasileira, inspirada no direito norte-americano, aderiu à teoria da nulidade, segundo a qual, a decisão de inconstitucionalidade da lei possui natureza declaratória, uma vez que reconhece que a inconstitucionalidade é um “vício congênito” de “nascimento” da norma, não admitindo por consequência a teoria da anulabilidade da lei, ou seja, a possibilidade de uma lei vir a se tornar inconstitucional, teoria a-

poiada por Kelzen e que influenciou a Corte constitucional austríaca. Segundo Pedro Lenza, conforme a teoria da nulidade, a lei inconstitucional já “nasce morta”, portanto nula e sem força vinculativa.

Para Bastos (2002, p. 626-627), de acordo com a técnica jurídica, a lei inconstitucional inexistente, e, portanto, só se pode afirmar a existência de leis constitucionais, visto que, ou a mesma foi produzida conforme prescreve a Constituição, ou não será considerada lei, contudo assevera o autor, que o direito não pode revestir-se apenas pela técnica, mas sim, confrontar-se com a realidade social à ser aplicado. Explica Bastos:

[...] o direito não pode ser considerado unicamente como técnica pura, desvinculado das injunções a que tem de submeter-se no contato da realidade social que pretende regular. Se pudéssemos compreender o direito somente como técnica abstrata, não há dúvida de que o problema da constitucionalidade das leis estaria resolvido pela adoção do princípio acima concluído (BASTOS, 2002, p. 627).

1.3 o controle de constitucionalidade na constituição de 1988

A nossa Constituição abriga formas de controlar os atos normativos verificando sua adequação ao texto constitucional, as quais podem vir tanto na forma concentrada, gerando efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos, quanto pela via difusa, onde, os efeitos ficam restritos às partes.

1.3.1 Controle concentrado

Lenza (2014, p. 328), lembra que o controle concentrado foi introduzido no Brasil através da Emenda Constitucional nº 16, e é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo um mecanismo por meio do qual o Supremo julga a representação de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, conferindo efeito *erga omnes*, buscando restabelecer a segurança jurídica. Destaca o autor, que a denominação “controle concentrado de constitucionalidade”, deriva do fato de esse controle concentrar-se em um único tribunal, no caso, o Supremo Tribunal federal, e se dá mediante a impetração das seguintes ações:

ADI - ação direta de inconstitucionalidade genérica, prevista no artigo 102, I, "a", CF/88, que segundo Lenza (2014, 328-329), visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, caracterizada pela generalidade, impessoalidade e abstração, sendo que, em regra, por meio do controle concentrado, busca-se expurgar do sistema lei ou ato normativo que apresente vício formal ou material, pleiteando sua invalidação.

Sarlet (2016, p. 1065-1066), expõe que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade conforme é a averiguação da constitucionalidade da norma, onde o controle de constitucionalidade não é feito de forma incidental, caso em que busca-se a solução de um litígio em um caso concreto, mas sim de forma principal, pretendendo-se apenas a declaração de inconstitucionalidade da norma, sendo que a decisão que declara a inconstitucionalidade terá efeito *erga omnes*, e a referida norma restará não mais aplicável.

Ao comentar a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), elencada no art. 102, I, 'a', CF/88, Sarlet (2016, p. 1116-1117), descreve o artigo 14, III, da Lei 9.868/1999, que diz que a petição inicial deve demonstrar "a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória", onde a dúvida ou controvérsia está relacionada à norma ser constitucional ou não, ou seja, decisões vindas de diferentes órgãos judiciais, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma norma, configuram dúvida ou incerteza sobre a constitucionalidade da mesma, e tal situação justifica o interesse em pedir ao Supremo Tribunal federal, uma declaração de constitucionalidade, como forma de afirmar a constitucionalidade da norma.

Lenza (2014, p. 433-434), salienta que a ADC visa declarar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, visto que o que existe é uma presunção relativa de que toda lei é constitucional, portanto admitindo que se prove o contrário e se declare por meio da ADI genérica ou através do controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, assim, julgada procedente a ADC, está transformará a presunção relativa em presunção absoluta, sendo que a decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e a Administração pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da lei, reestabelecendo a segurança jurídica.

Ao descrever a ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que vem expressa no artigo 103, § 2º, CF/88, Lenza (2014, p. 414), diz que o objetivo quando da impetração dessa ação é combater uma “doença”, pela doutrina denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, e descreve o enunciado da referida lei que diz que: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”, lembrando ainda, que o instituto é aplicado somente às normas constitucionais de eficácia limitada.

Lenza (2014, p.415), destaca ainda, que a omissão poderá ser total (caso em que o Poder legiferante deixou de cumprir sua função constitucional de legislar), bem como, parcial (quando ocorreu a ação do legislador no sentido de tornar efetiva a norma constitucional, porém insuficiente para alcançar este objetivo), e, como forma de ilustrar as duas situações citadas, utiliza o artigo 37, VII, CF/88, que prevê o direito de greve dos servidores públicos, o qual ainda carece de regulamentação, e que configura omissão total ou absoluta, e também o artigo 7º, IV, CF, que versa sobre o salário mínimo, sendo que este artigo encontra-se regulamentado, porém de forma deficitária, caracterizando omissão parcial.

Segundo Sarlet (2016, p. 1256), a Constituição Federal cuidou de instituir “formas” de o Poder judiciário lidar com a inconstitucionalidade por omissão, criando além do mandado de injunção, que tem o objetivo de tutelar direito fundamental não regulamentado, e para tanto, conferiu ao STF, com base na atual jurisprudência, elaborar a norma faltante, também a ação de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão, que visa declarar a inconstitucionalidade por omissão, além de, de acordo com o caso em questão, cientificar o órgão omissor ou ordenar a autoridade administrativa para que adote as devidas providências no sentido de suprir a omissão. Destacando ainda que na ADO não se examina litígio entre partes, logo, os efeitos da sentença não ficarão restritos às mesmas, e sim, serão *erga omnes*, ou seja, “para todos”, uma vez que a sentença opera de forma exclusiva no plano normativo.

No tocante à ADPF - argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no §1º do artigo 102 da Constituição Federal Sarlet (2016, p. 1285), relata que sua propositura perante o STF objetiva evitar ou reparar lesão a

preceito fundamental, oriunda de ato do Poder Público, descrevendo ainda, o parágrafo único do art. 1º, segundo o qual “caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. E ressalta que esta ação possui relevante função tanto com relação ao direito pré-constitucional, onde a ação direta de inconstitucionalidade não é aceita pelo Supremo Tribunal federal, visto ser contraditório declarar a inconstitucionalidade de uma norma que sequer foi recepcionada pela Constituição por ser incompatível à mesma, quanto ao direito municipal, caso em que a constitucionalidade encontra como parâmetro de controle apenas a Constituição Estadual.

1.3.2 Controle difuso

De acordo com Lenza (2014, p. 307), o controle difuso de constitucionalidade, diferentemente do controle concentrado, onde a atuação é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pode ser exercido por qualquer Juiz ou Tribunal, e em qualquer grau de jurisdição, sendo um controle aplicado ao caso concreto, também chamado de controle incidental, pois, através dele busca-se a tutela de um bem, como a liberdade de locomoção, o reconhecimento de um direito, entre outros, destacando o habeas corpus, os mandados de segurança individual e coletivo, o habeas data, e o mandado de injunção.

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 447), o Habeas Corpus foi o primeiro remédio a compor o rol de garantias individuais resultantes das conquistas liberais. O autor comenta que este *writ* já estava presente na Inglaterra anteriormente à sua edição na Magna Carta de 1215 como *writ of habeas corpus*, contudo, não estava vinculado à ideia de liberdade de locomoção, sendo utilizado inclusive em matéria civil, ele destaca que foi a partir de 1679, com o *Habeas Corpus Amendment Act*, que este tornou-se um remédio com a finalidade de tutelar a liberdade dos súditos. Conforme o artigo 5º, LXVIII, da Constituição brasileira de 1988: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Ackel Filho (1991, p. 31-35), enumera um rol de situações que ele considera como mais relevantes, no tocante a caracterização de uma coação como sendo ilegal, as quais encontram-se previstas no art. 648 do Código de Processo Penal: a) Justa causa – refere-se à previsão legal de que o fato motivador da coação configura, baseado na lei, crime; b) Excesso de prazo – quando alguém permanecer preso por mais tempo do que a lei determina; c) Incompetência do coator – a prisão não pode ser realizada por autoridade incompetente a fazê-lo; d) Extinção da punibilidade; lembrando de outros motivos descritos na Lei, que fazem extinguir-se a punibilidade, como a anistia e a prescrição, que fazem com que determinada conduta não seja mais considerada crime.

Ackel Filho (1991, p. 42-43), ressalta que a Lei prevê a possibilidade do habeas corpus ser impetrado por qualquer pessoa, independente da capacidade civil ou situação jurídica, em favor de outrem, inclusive pelo Ministério Público. O autor faz menção a um trecho da obra de Magalhães Noronha que diz:

Sendo o habeas corpus medida assecuratória do “status libertatis” do indivíduo e que se caracteriza pela celeridade ou rapidez, compreende-se perfeitamente possa ser impetrado pelo próprio coator, ou por alguém em seu nome, independente de habilitação técnica [...] qualquer pessoa é guardiã da lei e defensora da liberdade, seja ou não capaz. Assim pode requerê-lo o menor, o surdo-mudo, o interditado, etc., independentemente de autorização do pai, tutor ou curador, desde que possa manifestar sua vontade (ACKEL FILHO, 1991, 42-43).

No tocante à legitimidade passiva, Ackel Filho (1991, p.43-44), expõe que o habeas corpus deverá ser impetrado contra o coator, que via de regra é uma autoridade pública, Estado, sendo, porém, que a doutrina debate a possibilidade de figurar no polo passivo, um agente particular, posicionamento defendido pelo autor Siqueira Jr., que relata inclusive que, na sua atuação como magistrado, concedeu habeas corpus contra um ato de um diretor de um hospital psiquiátrico. Ackel Filho, comenta que o autor Tornaghi, considera somente ser cabível o habeas corpus ao coator que esteja investido de função pública, sustentando esta tese a partir do entendimento de que a coação, quando exercida por particular, configura crime de sequestro, cárcere privado ou constrangimento ilegal, casos que, segundo entende, demandam uma ação policial e não impetração do *writ*. Já, para Ackel Filho, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, LXVIII ao prescrever o habeas corpus,

nos casos de coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, não restringe o ato à uma autoridade pública. Assim complementa Ackel Filho:

[...] embora não haja realmente óbice à impetração de habeas corpus contra particular, na prática isso não sói acontecer porque realmente os casos de constrangimento costumam ser criminosos, razão por que a ação policial se justifica, permitindo um desenlace muito mais rápido da coação ilegal, como se verifica nos casos de redução à condição análoga de escravo, constrangimento ilegal, etc. [...] casos de coação por particular são frequentes. Em hospitais, fazendas, colônias de trabalho isso costuma acontecer [...] a jurisprudência [...] inclina-se manifestadamente em prol da permissibilidade do writ quando o coator for particular (ACKEL FILHO, 1991, p. 44).

José Afonso da Silva (2014, p. 449), ao citar o *writ* mandado de segurança individual, constante no texto constitucional, art. 5º, LXIX, que diz que: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, lembra que somente o titular do direito líquido e certo é legítimo para impetrar este remédio, que busca a correção de um ato ou de uma omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder, e que o *writ* é oponível contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que estiver exercendo atribuições públicas.

Ao definir direito líquido e certo, José Afonso da Silva (2014, p. 450), utiliza o conceito de Hely Lopes Meirelles, segundo o autor, aceito pela doutrina e jurisprudência, que diz: “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração”. Nas palavras de Afonso:

[...] o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante, se a sua existência for duvidosa, se a sua extensão não estiver delimitada, se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (DA SILVA, 2014, p. 450).

Para Ackel Filho (1991, p. 63), este *writ* constitui direito instrumental sumário com função de tutelar direitos subjetivos incontestáveis contra ilegalidade ou abuso por parte de autoridade pública, bem como de um particular no exercício de uma função de caráter público.

Segundo Ackel Filho (1991, p. 67), para que seja possível a impetração do Mandado de Segurança, é indispensável que haja um titular de direito subjetivo que foi violado ou está prestes a sê-lo, tanto por atos, quanto por omissões de uma autoridade ou de representantes desta, que configurem ilegalidade ou abuso de poder, sendo que este *writ* constitui direito instrumental sumario à tutela desse direito subjetivo.

E no intuito de melhor esclarecer o que significa “abuso de poder”, Ackel Filho (1991, p. 71), lembrando que a expressão também pode ter outras denominações, como por exemplo, desvio de finalidade, excesso de poder, entre outros, utiliza o ensinamento de José Cretella Júnior, que define como sendo o uso indevido, por parte da autoridade, do poder discricionário a ela conferido, com fim diverso do pretendido pela lei.

Destaca ainda, José Afonso da Silva, (2014, p. 462), que a nossa Constituição de 1988, artigo 5º, LXX, prevê também a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo, sendo que este formato do *writ*, pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; e b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. E entende que este assenta-se em dois elementos, segundo ele, o institucional, que reconhece a legitimidade de uma entidade ou instituição, representativa de uma coletividade, para agir em nome desta, e o objetivo, traduzido na possibilidade de utilização do remédio constitucional em prol dos interesses coletivos.

Ao comentar o habeas data, Ackel Filho (1991, p. 137), diz que o significado da nomenclatura deste remédio constitucional é, “tenha o dado”, e o conceitua da seguinte forma:

[...] Em sentido jurídico, é também um writ (...) para a tutela da honra, da tranquilidade, do patrimônio, da vida privada, entre outros valores, contra os atentados porventura praticados por organismos públicos, ou de caráter público, na anotação e registro de informações acerca das pessoas. [...] esses dados, embora referente às pessoas, frequentemente se tornam inacessíveis a elas [...] Visa, pois, o habeas data assegurar o acesso a essa espécie de informação, por uma via eficaz, especial, mandamental e sumária (ACKEL FILHO, 1991, pg. 137).

Ackel Filho (1991, p. 142), ao buscar definir o que seria “honra”, descreve uma distinção feita pelo autor Damásio E. de Jesus, segundo a qual, existe a “honra

subjetiva”, que se traduz no sentimento que cada indivíduo tem de si mesmo, de seus atributos, sejam eles, físicos, intelectuais, morais, etc., e “honra objetiva”, que diz respeito àquilo que os outros pensam deste indivíduo, como avaliam sua reputação, seus atributos físicos, intelectuais, entre outros. Para autor, a tranquilidade diz respeito à paz de espírito, estar livre de perturbações. Ressalta também, que todas as pessoas têm direito a conduzir sua vida particular, respeitando os limites impostos pela lei, como bem entendam, uma vez que a vida privada de cada indivíduo é conduzida por opção pessoal, e ninguém pode interferir nela, pois tal interferência pode constituir infração penal, como por exemplo, invasão de domicílio.

Lembra Ackel Filho, contudo (1991, p. 145), que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIII, elenca hipóteses de não cabimento do *writ*, casos onde a segurança da sociedade e do Estado pode vir a sofrer risco. E assevera ainda Ackel (1991, p. 152), que a lei prevê o habeas data preventivo, que visa assegurar o conhecimento da informação; habeas data corretivo, o qual tem o condão de permitir a retificação das informações que porventura estiverem incorretas no banco de dados; e uma última forma, mais recentemente introduzida que é a possibilidade da utilização do remédio para a complementação de dados.

Sobre o mandado de injunção, Ackel Filho (1991, p. 111-112), lembra que essa nova garantia constitucional nasceu a partir da Constituição de 1988, sendo fruto de iniciativa concorrente de vários constituintes. Segundo Ackel, o projeto deste novo remédio nasceu no âmbito de duas comissões encarregadas de cuidar dos Direitos e Garantias individuais, educação, da cultura e dos esportes. Passando por diversas comissões e propostas de parlamentares para alterações no texto, sendo que o terceiro substitutivo excluía da redação a prerrogativa de cabimento do *writ* para tutela de direitos constitucionais, limitando-o ao resguardo das liberdades públicas, proposta que acabou sendo rejeitada, prevalecendo um texto mais abrangente. O novo *writ* teve sua redação final da seguinte forma: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. José Afonso da Silva define, “mandado de injunção”, como:

[...]remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades, ou prerrogativas inviáveis

por falta de uma norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação (SILVA, 2014, p. 451).

E como forma de melhor esclarecer o que seria esta norma regulamentadora, José Afonso da Silva (2014, p. 452-453), faz uma distinção entre as normas constitucionais que preveem uma lei ordinária ou complementar para atingirem sua efetiva aplicação, como por exemplo: Art. 5º, VI (“na forma da lei”), XXIX (“a lei assegurará”), Art. 7º, I (“nos termos de lei complementar), e aquelas que, segundo ele, necessitam de uma providência do Poder Público para sua concretização. Na visão do autor, a utilização do remédio constitucional “mandado de injunção”, não tem como objetivo solicitar que se crie uma norma regulamentadora de dispositivo constitucional dependente de regulamentação, pois, segundo ele, essa é a função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). O objetivo a ser atingido quando da invocação do *writ*, para José Afonso da Silva, é simplesmente realizar concretamente, em favor do impetrante, o direito, a liberdade, ou prerrogativa, previstos na nossa Constituição de 1988, sempre que a falta de norma regulamentadora impedir que se concretizem.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA TUTELA DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O mandado de injunção foi idealizado pelo Poder Constituinte Originário, como um remédio constitucional capaz de viabilizar o exercício de direitos previstos na Constituição mas não passíveis de concretização em função da ausência de regulamentação de determinados dispositivos constitucionais, pois na visão do Constituinte, o cidadão não poderia ser prejudicado nos seus direitos de cidadania pela inércia do legislador.

Meirelles (2008, p. 258), descreve que “Mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de uma norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI)’.

Segundo Zaneti Junior (2014, p. 237-238), o mandado de injunção surge no sistema brasileiro com promulgação da Constituição Federal de 1988, e encontra-se expresso no art. 5º, LXXI com o enunciado: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, o qual desempenha um papel de muita relevância no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais garantidos pelos Estados Democráticos Constitucionais nos quais estes direitos assumem centralidade. Os autores reforçam que a previsão do *writ* no texto constitucional foi idealizada pelo constituinte, visando garantir que normas constantes da nossa Constituição, não se tornassem apenas “normas de papel”, mas sim, que produzissem efeitos práticos, mesmo se porventura estas carecessem de alguma norma regulamentadora em função da inércia do legislador. Nas palavras de Zaneti Junior:

[...]o mandado de injunção se justifica pela necessidade de introdução, no ordenamento jurídico, de normas de atuação dos direitos subjetivos que embora previstos não possam ser aplicados de imediato, gerando como resultado garantias débeis/fracas que correspondem a direitos débeis/fracos, por falta de regulamentação. [...] O mandado de injunção é uma garantia secundária para, quando for admissível, tornar fortes essas garantias até que o legislador legisle (ZANETI JR., MAZZER, 2014, p. 237-238).

Segundo Oliveira, (2004, p. 42), o mandado de injunção “opera sobre a abusividade do órgão que resiste em tornar exequível um direito existente, mantendo essa expectativa de usufruição da lei além do tempo razoável”. Para ele, após transcorrido um prazo razoável, o fato de haver a negativa ou resistência em tornar uma norma autoaplicável, acaba por configurar comportamento abusivo.

2.1 Aspectos gerais da ação e advento da lei 13.300/2016

Zaneti Junior (2014, p. 244-246), anota que a doutrina, com base na observação dos precedentes do STF, elenca o que considera pressupostos à concessão do mandado de injunção, os quais: a) dever de legislar – quando a própria norma constitucional carente de regulamentação prevê, de forma expressa, a atuação do legislador para que seja efetivada; b) mora do legislador – ocorre quando há desobediência de prazo estipulado pela própria Constituição, e como forma de ilustrar este caso os autores citam os julgamentos MI 283 e 284 (art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Transitórias “ADCT”), que prevê em seu texto: “a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”, e MI 232 (art. 59 do ADCT), que contém em seu enunciado: “Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los”. Sendo que a mora também pode caracterizar-se, conforme asseveram os autores, pela superação de um prazo razoável para a regulamentação da norma, verificando-se para tanto o tempo transcorrido desde a edição da Constituição, levando em conta, ainda, a relevância da matéria em questão; c) insuficiência ou omissão parcial da norma – hipótese em que a norma regulamentadora, por ser insuficiente impede que haja o pleno exercício de um direito. Os autores citam como exemplo um julgado de 2005, que tratava do direito constitucional ao salário mínimo (art. 7º, IV, CF/88), que tinha como relator o Ministro Celso de Mello, conforme segue:

¹A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, me-

¹<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766831/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1442-df>>

diante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado - além de gerar a erosão da própria consciência constitucional - qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

Em termos de legitimação ativa, Zaneti Junior (2014, p. 252), descreve como titular do mandado de injunção, a pessoa que sofrer prejuízo por não poder exercer direitos constitucionais garantidos pela Constituição de 1988, indicando nexo causal entre a ausência de uma norma reguladora e a “inviabilidade” para o exercício de tais direitos. Porém lembram que para além do titular deste modelo do *writ*, o qual “mandado de injunção individual”, também existem os legitimados para o referido remédio constitucional na forma mandado de injunção coletivo, que visa tutelar direitos de uma coletividade, sendo estes legitimados, os mesmos constantes no rol do mandado de segurança coletivo, conforme segue: partidos políticos, entidades de classe, sindicatos e associações, os quais, relacionados no art. 5º, LXX, da CF/88. E seguem comentando que esta forma de mandado de injunção possui defensores no sentido de sua ampliação também para os legitimados do processo coletivo previstos na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, especialmente do Ministério Público, segundo os autores, principal autor de processos coletivos no Brasil.

2.2 Procedimentos do mandado de injunção

Segundo Zaneti Junior (2014, p. 247-248), há três principais tipos de tutelas a serem contempladas através do *writ* objeto do presente estudo, as quais: a) tutela declaratória – por meio desta, o mandado de injunção visa declarar a mora legislativa; b) tutela mandamental – esta tutela, segundo os autores, ordena um determinado ato; b) tutela constitutiva – através desta tutela o remédio constitucional promove a alteração de uma situação jurídica, elaborando uma norma regulamentar que se encontra ausente no ordenamento, e que proporcionará a garantia de um direito. Os autores comentam que não é a pessoa que determinará a espécie de tu-

tela, e sim o conteúdo da decisão que configurará a forma predominante de mandado de injunção, nas palavras dos autores:

A aplicação da tríplice caracterização de lacunas assumida até aqui (lacunas fortes ou estruturais, lacunas fracas/fortes e lacunas fracas) será de acordo com cada espécie de tutela predominante. Assim, caso a tutela deferida seja meramente declaratória, o mandado de injunção limitar-se-á a indicar a lacuna estrutural ao poder competente para que, ciente da mora legislativa, tome as providências necessárias. Por outro lado, segundo a tendência atual do STF, caso a tutela deferida, além de reconhecer a mora legislativa, ordene uma determinada providência e/ou constitua uma determinada regra jurídica nova para suprir a lacuna, estar-se-á diante de uma lacuna forte/fraca – situação jurídica para a qual foi criado o mandado de injunção como forma de garantia do dever de legislar, integrando o ordenamento jurídico positivamente (ZANETI JR., MAZZER, 2014, p. 250).

Zaneti Junior (2014, p. 250-251), comenta que Constituição limita a competência para o julgamento do *writ* aos Tribunais, porém destacam o entendimento da doutrina de que, nos Estados, tal competência poderá ser determinada de forma diferente à prevista pela União, admitindo-se nas constituições estaduais que os Estados-membros determinem o órgão com competência para decidir mandado de injunção de acordo com a omissão na regulamentação referente a uma determinada norma local constitucional.

Zaneti Junior (2014, p. 253), asseveram que apesar de haver semelhança nos procedimentos adotados pelo *writ* objeto do presente estudo e o mandado de segurança, deve-se observar importantes distinções entre ambos, conforme segue:

Apesar da proximidade dos procedimentos entre o mandado de segurança e o mandado de injunção, este tem objeto diverso daquele, porque atinge uma gama de situações bem maiores, não restrita à ilegalidade e ao abuso de poder. Como o rito deve ser similar ao do mandado de segurança, a doutrina entendia que caberiam também as liminares, quando presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O STF consolidou, no entanto, jurisprudência no sentido de que é incabível liminar em mandado de injunção (ZANETI JR., MAZZER, 2014, p. 253. Grifo no original).

E complementa Zaneti Junior (2014, p. 255-256), expondo uma outra característica que os aproxima, que é o fato de ambos admitirem somente prova pré-constituída, não sendo aceitas provas periciais ou testemunhais, e, portanto, fazendo-se necessária demonstração de direito líquido e certo, conforme descrevem “somente aquele provável de plano, no qual não cabe abrir espaço para dilações probatórias”.

Zaneti Junior (2014, p. 259), comenta que há teses mais radicais que atacam o mandado de injunção como um instrumento que ocasiona uma atuação com liberdade irrestrita nas mãos do julgador, e como forma de rebater tais teses, destacam um voto de condução de lavra do Min. Marco Aurélio (MI 721-7, de 30.08.2007), que diz:

[...] Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania: O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, o suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, o Poder Legislativo. É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo[...] (ZANETI JR., MAZZER, 2014, p. 259).

Zaneti Junior (2014, p. 262), porém, fazem uma ressalva quanto ao termo “condição resolutiva”, utilizado pelo Ministro. Segundo eles, “condição”, sugere um evento futuro, de natureza incerta, o que contraria o entendimento dos mesmos, que consideram que o evento futuro relacionado à impetração deste remédio constitucional é a edição da lei, a qual proporcionará o preenchimento do vácuo resultante da omissão legislativa, portanto um evento certo, apesar da data incerta. E também asseveram (2014, p. 266-267), que o mandado de injunção não afeta o princípio da legalidade, a harmonia e a separação dos poderes, elementos que, segundo eles, compõe a base da teoria garantista, mas sim, serve como garantia de segundo grau permitindo denunciar e extirpar o direito ilegítimo ocasionado pela omissão do poder competente, provisoriamente, até que se obtenha uma solução concreta.

2.3 Efeitos da decisão e as distintas posições em mandado de injunção

Os efeitos da decisão em mandado de injunção, conforme idealizado pelo Poder Constituinte, vão além da mera declaração da inércia legislativa, visando suprir a omissão do Poder Legislativo em regulamentar a norma, dessa forma permitindo uma solução concreta para o exercício dos direitos e liberdades constitucio-

nais. Porém, posições não concretistas impediram por muito tempo que o mandado de injunção viesse a se tornar um instrumento eficaz para a materialização de direitos dos impetrantes.

Ribeiro (2016, p. 65), comenta que o mandado de injunção permanecia adormecido por cerca de 20 anos, contados de sua criação, vindo a tornar-se um instrumento efetivo somente a partir de um novo posicionamento assumido pelo Poder Judiciário, ao qual, segundo ele, a doutrina refere-se como “ativismo judicial”.

Buscando alcançar um melhor entendimento acerca da natureza do mandado de injunção, Zaneti Junior (2014, p. 242-244), comenta que este remédio constitucional desenvolveu-se a partir da doutrina e da jurisprudência, com diversas teses defendidas desde seu surgimento com o advento da CF/88, teses estas, segundo os autores, ligadas principalmente à três correntes, as quais: a) subsidiariedade – tese predominante na primeira fase da jurisprudência do STF, segundo a qual o poder judiciário deveria limitar-se a advertir a mora ao órgão competente, não dando solução ao caso concreto, entendendo que dessa forma se manteria preservada a harmonia e a separação entre os poderes; b) independência jurisdicional – a partir desse entendimento o Poder Judiciário poderia criar uma norma com efeitos *erga omnes*, independentemente da atuação do Poder Legislativo; c) resolutividade – por esta tese, uma vez existindo descumprimento do dever de regulamentar pelo órgão competente, se aplicaria imediatamente a norma pendente de regulamentação ao caso concreto dando solução ao mesmo, porém esta aplicação só seria possível quando o Poder Judiciário pudesse extrair o sentido da norma constitucional por analogia ou outra forma de interpretação do direito. E lembram ainda que existe também uma posição mista que engloba as teses subsidiariedade e resolutividade, a qual vem sendo adotada pelo STF. Hermes e Rodrigo reforçam que a teoria desenvolvida pelo garantismo constitucional é compatível com a posição mista, por permitir identificar os casos em que cabe o mandado de injunção conforme o critério da função de garantia que é atribuição do poder Judiciário.

Zaneti Junior (2014, p. 244), relata que existem três hipóteses para análise do mandado de injunção à luz da teoria das lacunas, desenvolvida pelo garantismo: 1ª hipótese - o julgador deve analisar se trata-se de uma lacuna estrutural, caso em que torna-se impossível complementação imediata bem como aplicação por interpretação, pois demanda ainda atividade legislativa que encontra-se dentro do

prazo à fazê-lo, neste caso não aplica-se o mandado de injunção pois não está configurada disfunção política à função do governo de legislar, portanto não estando autorizado o Poder Judiciário à intervir; 2ª hipótese - segundo os autores, refere-se ao caso onde haja uma lacuna fraca, sendo que nesta hipótese também não é possível o mandado de injunção, pois tal lacuna poderá ser resolvida mediante interpretação constitucional, exercida por vias ordinárias ou comuns da jurisdição; 3ª hipótese – é quando, conforme o entendimento de Hermes e Rodrigo, constata-se a presença de uma lacuna fraca/forte, traduzida na omissão do legislador no que diz respeito ao dever de regulamentação de uma norma, dever que encontra-se expresso na CF/88, e sim, nesta hipótese caberá o *writ*, que irá suprir esta lacuna temporariamente, até que seja criada uma lei regulamentadora.

Zaneti Junior (2014, p. 267-268), comenta que o *writ* tratado no presente estudo, poderá assumir a função de precedente judicial tanto em se tratando de “eficácia horizontal”, quando a decisão vincula o próprio STF, o qual poderá alterá-la somente no caso de surgir uma nova situação anteriormente não vislumbrada, quanto de “eficácia vertical”, que faz com que os juízes e Tribunais apliquem suas decisões, orientando-se pelo entendimento anteriormente adotado pela Suprema Corte. Os autores destacam ainda, que o STF não estende sua decisão em abstrato, ou seja, com efeito *erga omnes*, apenas determina que seja aplicada ao caso concreto, tendo seu efeito *inter partes*, mas lembram que a evolução do sistema de precedentes no Brasil, em razão da economia processual e segurança jurídica, entre outros, faz com que a decisão oriente futuras decisões do Judiciário: Nas palavras dos autores:

[...] em razão dos imperativos de racionalidade, universalização da decisão, igualdade, confiança legítima, segurança jurídica e economia processual[...]o requerente poderá ajuizar ação pelas vias comuns ou ordinárias, pleiteando o direito reconhecido pela Corte Suprema, sem a necessidade de ajuizamento do mandado de injunção. Neste sentido, esclarece o ponto Luiz Guilherme Marioni, “Assim, por exemplo, no caso de aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência física, é possível, em caso de resistência da autoridade administrativa, propor ação, em primeiro grau de jurisdição, em face da autoridade responsável pela aplicação da norma, sendo irracional pensar não apenas que o juiz de primeiro grau não observará o precedente constitucional, mas também que é necessário outro mandado de injunção no STF” (ZANETI JR., MAZZER, 2014, p. 268).

Dessa forma, conclui Zaneti Junior (2014, p. 268), que a decisão no mandado de injunção possui força de precedente em matéria constitucional pelo STF, resultando na sua necessária aplicação com eficácia vinculante para todos os juízes e Tribunais, bem como para o Supremo Tribunal.

2.4 O processo legislativo da lei 13.300 de 2016

O reconhecimento da força concretizadora do mandado de injunção a partir do julgamento do MI 670/ES, com o fortalecimento das correntes concretistas, deixando para trás a visão engessada daqueles que o equipararam à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, anulando sua eficácia por quase vinte anos, marcou uma nova era para o remédio constitucional. A partir daquela decisão proferida em 2007, ele se tornou um instrumento eficaz na concretização de direitos e por conta disso de muita relevância para a sociedade, rendendo-lhe uma merecida regulamentação que ocorreu em 2016, através da aprovação da Lei 13.300.

No dia 23 de junho de 2016, o então presidente interino Michel Temer² sancionou a Lei 13.300/2016, que regulamenta o processo e o julgamento do Mandado de Injunção individual e coletivo. O texto originado do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 18/2015, e aprovado pelo Senado Federal em 1º de junho de 2016, é de autoria do Deputado Federal Flávio Dino por meio do Projeto de Lei 6.128 de 2009 na Câmara dos Deputados, tramitando posteriormente no Senado sob o Projeto de Lei 18, de 2015

Ao fazer-se uma análise do parecer do relator Senador Eunício Oliveira (2015, p. 7), constata-se que o mesmo faz referência às posições não concretistas, que atribuíam ao Mandado de Injunção mera função declaratória da mora legislativa, e que não era objeto do referido remédio constitucional prover a solução ao caso concreto. Tais posições, segundo o parecer do relator, perduraram por aproximadamente dezessete anos a partir de sua edição na Constituição Federal de 1988, e frustravam as expectativas daqueles que buscavam no *writ* a possibilidade de se ir além da simples declaração da inércia do legislador, e sim, utilizar este remédio

² Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/24/sancionada-a-lei-que-regula-mandado-de-injuncao>>; Acesso em: 16 jun. 2017.

constitucional para permitir concretamente, o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas constitucionais.

Nas palavras de Eunício Oliveira, em parecer apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça no citado processo legislativo:

Por cerca de dezessete anos, o STF manteve-se fiel à corrente jurisprudencial predominante que entendia que a concessão de mandado de injunção traria como único efeito a declaração da mora inconstitucional da autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora essencial ao exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas com assento constitucional. Nada mais. Não havia, segundo essa corrente jurisprudencial, nenhum outro efeito decorrente do julgamento.

Nesse sentido, restava esvaziado o pleito daqueles que almejavam uma solução concreta para o problema da inexistência de normas que obstaculizavam o pleno exercício de importantes direitos, garantias e prerrogativas (OLIVEIRA, 2015, p. 7).

E prossegue Eunício Oliveira (2015, p.7), destacando que esta situação de predominância das posições não concretistas perdurou até 2007, ano em que o Supremo Tribunal Federal, em dois julgamentos, proferiu sentenças que se tornariam um marco histórico na orientação jurisprudencial sobre os efeitos do Mandado de Injunção. Uma delas tratava do direito de greve dos servidores públicos, sobre a qual, não havia uma norma que regulamentasse o direito, embora este estivesse previsto na Lei. No referido caso, o Supremo Tribunal Federal determinou que fosse aplicada aos servidores públicos, a lei que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores privados. Com isso, o magistrado não proveu o preenchimento da lacuna existente na Lei, visto que isso não é prerrogativa do *writ* aqui estudado. O que o STF fez foi aplicar o remédio constitucional à solução de um caso concreto, evoluindo de uma posição de passividade até então predominante, posição que limitava-se a declarar a inércia legiferante, mas não resolvia o problema da ineficácia da Lei, que portanto deixava de cumprir o papel que constitui a razão de sua existência, que é o de garantir o exercício de um direito constitucional.

3 A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo faremos uma análise sobre a evolução jurisprudencial do mandado de injunção, partindo da visão não concretista conferida ao instituto inicialmente para a visão concretista que passou a determinar o rumo das decisões até os dias atuais, tornando o remédio efetivo na tutela de direitos e garantias constitucionais.

3.1 A posição não concretista e o julgamento do mandado de injunção 107/DF

Fazendo-se uma análise do histórico dos julgamentos do mandado de injunção desde sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais, constata-se que, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no julgamento do mandado de injunção 107-3 DF, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura não concretista, equiparando o remédio constitucional à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, frustrando as expectativas daqueles que viam no *writ* um instrumento capaz de dar solução aos casos concretos e dar efetividade aos direitos e liberdades constitucionais, conforme previsto na sua redação constante na Constituição.

Pontual, em seu artigo intitulado “Análise da evolução dos efeitos conferidos à decisão do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal” (2010, p. 2), publicado em dezembro de 2010, relata que o mandado de injunção 107-3 DF, versava sobre o caso de um militar temporário, que já vinha exercendo a função como oficial R/2 por mais de nove anos, e que buscava a suspensão do seu licenciamento do serviço ativo do Exército, alegando direito à estabilidade, e justificando sua pretensão com base na ausência de lei regulamentadora do § 9º, do art. 42, da Constituição Federal, que continha o seguinte enunciado: “art. 42, § 9º, CF/88 - A lei disporá sobre os limites da idade, a estabilidade e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade.”

Pontual (2010, p. 2), comenta que o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao mandado de injunção, e justificou tal posicionamento mediante interpretação de que a Constituição federal de 1988, no referido parágrafo, não conferia direito à estabilidade aos servidores militares, e sim, determinava que caberia à Lei estabelecer os requisitos necessários para que estes obtivessem o direito. E concluía autora, dizendo que a análise do mandado de injunção 107-3 DF é imprescindível para a compreensão do papel do *writ* nos primeiros anos de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, e para tanto, destaca a questão de ordem levantada pelo Relator Ministro Moreira Alves, suscitando dúvidas relativas à auto aplicabilidade do inciso LXXI, do art. 5º da Constituição Federal, que traz a expressão: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, fixando assim seu posicionamento em relação à natureza do remédio constitucional e definindo os efeitos da decisão.

3.1.1 Síntese do voto do Ministro Moreira Alves no MI 107/DF

No julgamento do mandado de injunção 107/DF, o STF equipara o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão conforme pode ser constatado no ANEXO A (1990), conferindo ao mesmo mera função declaratória da inércia do legislador, suprimindo assim a possibilidade de se alcançar através de sua impetração a concretização de direitos constitucionais.

O Ministro Moreira Alves ([199-], p. 35), ao proferir seu voto, comenta que, acerca do mandado de injunção, existem duas orientações básicas sendo defendidas, as quais:

- a) - o mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão; e b) - o mandado de injunção é ação que se propõe contra a pessoa jurídica de direito público ou o particular a que incumbe a observância do dever jurídico correspondente cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora, e que culmina com sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação (MOREIRA ALVES, [199-], p. 35).

Moreira Alves ([199-], p. 35), segue fazendo uma reflexão sobre a segunda orientação que, segundo ele, apresenta variantes, esclarecendo que: ou o mandado de injunção visaria apenas obter do judiciário a regulamentação necessária à uma norma se a referida regulamentação deixasse de ser implementada pela pessoa jurídica de direito público, bem como por particular, aos quais coubesse tal tarefa, sendo esta aplicável ao interessado na ação principal ou em ação posteriormente proposta, ou caberia ao mandado de injunção a regulamentação da norma e aplicação imediata ao caso concreto, obrigando que algo fosse cumprido pelo réu em favor do autor. E faz ainda uma ressalva com relação aos limites da eficácia do julgado, que, segundo ele, para alguns seria extensível a todos casos análogos, configurando característica *erga omnes*, enquanto para outros, estaria restrita ao caso concreto, ou seja, *inter partes*.

Moreira Alves ([199-], p. 36), levanta ainda, questionamentos sobre qual delas é compatível com o texto constitucional, sendo que, objetivando responder a tais questionamentos, começa por analisar a segunda orientação, que vê no mandado de injunção, uma ação de cognição constitutiva. Moreira Alves destaca que os adeptos dessa segunda orientação fundamentam tal entendimento na observação ao enunciado do artigo 5º, LXXI, CF/88, que diz que o *writ* tem a função de viabilizar o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas expressos constitucionalmente, e que não são alcançáveis por falta de norma regulamentadora, função essa, que, seguindo-se a primeira orientação, não será concretizada se o Poder responsável por regulamentar a norma permanecer inerte após o mandamento judicial, lembrando ainda, que o ordenamento jurídico não prevê possibilidade de impor-se sanção pela referida inércia.

Logo, continua o ministro, essa viabilização somente se tornará possível se, ao mandado de injunção, se conferir natureza de ação constitutiva, onde o judiciário, por meio do remédio constitucional, suprirá a omissão, que se limitará ao caso concreto ou se estenderá a todos casos análogos passando a ter eficácia *erga omnes*, o que seria decisivo em favor da segunda corrente. Contudo, ressalta Moreira que, tal prerrogativa ao *writ*, é impossível na maioria das hipóteses em que se verifica a falta de norma regulamentadora, justificando essa tese a partir de observações de Calmon de Passos que diz:

³Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do mandamus na espécie.[...] A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo, para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades em geral. [...]

Ainda segundo o Ministro ([199-], p. 38) para os adeptos da segunda corrente, que entendem que a eficácia da regulamentação deve ser válida somente às partes, o mandado de injunção não seria capaz de viabilizar o exercício das prerrogativas do artigo 5º, LXXI, CF/88, referentes à soberania popular (plebiscito, iniciativa popular legislativa e referendo), por possuírem caráter coletivo, e, portanto, insuscetíveis de amparo pela regulamentação individual aplicada ao caso concreto, e isso por si só esvaziaria esta variante da segunda corrente visto que, na visão de Moreira, não se pode atribuir ao mandado de injunção, uma natureza que não seja compatível com os objetivos aos quais ele foi criado.

Com relação à variante da segunda corrente (p. 38-39), que entende que a eficácia da regulamentação promovida pelo mandado de injunção deve ser *erga omnes*, o Ministro, destaca também existirem barreiras intransponíveis, e traça um comparativo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dizendo que a Constituição não permite que alguém, em busca de satisfação de seu interesse individual, obtenha a regulamentação de texto constitucional pelo Judiciário, e esta seja aplicada a todos caso análogos com efeito *erga omnes*. Nas palavras de Moreira Alves:

⁴[...] seria inexplicável que a regulamentação do texto constitucional objeto de ação direta proposta por uma entidade de classe de âmbito nacional não pudesse por ela ser alcançada, limitando-se o Supremo Tribunal Federal a dar ciência, ao Poder omissor, de sua omissão, e este mesmo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, imediatamente após, um mandado de injunção impetrado por uma pessoa filiada a essa mesma entidade de classe de âmbito

³Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1048_MIQO_107_Voto_Min._Moreira_Alves.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1048_MIQO_107_Voto_Min._Moreira_Alves.pdf>

nacional, pudesse regulamentar o mesmo texto constitucional, objeto daquela ação direta, e regulamentá-lo com eficácia erga omnes..”

E ainda segundo o Ministro (p. 39), se a regulamentação da omissão der margem à competência de um Tribunal inferior, e o filiado da entidade de classe, no caso acima citado, após obter do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade por omissão apenas a cientificação ao Poder omissor para que tome as devidas providências, impetrar mandado de injunção e obter do Juiz do Tribunal inferior a regulamentação almejada, com eficácia *erga omnes*, restará ao Superior Tribunal Federal, em caso de recurso extraordinário, somente verificar a constitucionalidade da regulamentação e não seu mérito. Destacando ainda, que a Constituição Federal de 1988 não deu ao Supremo Tribunal Federal ou a quaisquer Juízes e Tribunais, o poder de legislar, em observação ao princípio da separação dos poderes.

Por fim, Moreira Alves ([199-], p. 41), reporta-se à segunda corrente, dizendo que, além da mesma, por quaisquer de suas variantes, não apresentar solução capaz de viabilizar o exercício de grande parte dos direitos, garantias e prerrogativas previstos no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, e de buscar, no Poder Judiciário, a regulamentação do texto constitucional, seja para o caso concreto, seja com eficácia *erga omnes*, pretendendo, dessa forma, que este Poder exerça função para a qual, segundo o Ministro, não apresenta-se aparelhado, essa segunda corrente se contrapõe obstáculos constitucionais intransponíveis, como já demonstrado.

Já, ao referir-se à primeira corrente, que, conforme exposição do Ministro, é a corrente daqueles que entendem que: “o mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adote as providências necessárias à eliminação da omissão”(2015, p. 41), define não possuir obstáculos de ordem constitucional.

E conclui seu voto fazendo considerações quanto à natureza do mandado de injunção com o exposto a seguir:

⁵Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerroga-

⁵Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1048_MIQO_107_Voto_Min._Moreira_Alves.pdf, p. 47

tiva a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Pontual, (2010, p. 2), descreve que, no citado mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que os efeitos fossem a declaração da omissão e a ciência ao Poder omissor, como segue:

1. A declaração da inconstitucionalidade da omissão se estivesse caracterizada a mora por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade responsável pela elaboração da norma faltante; 2. Ciência da declaração proferida ao Poder, órgão, entidade ou autoridade responsável pela elaboração da norma para que adote as providências necessárias; 3. Determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a mora inconstitucional⁶

E Pontual conclui destacando que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, foi de que o mandado de injunção não autoriza ao Poder Judiciário elaborar a norma faltante, impossibilitando como consequência, que o impetrante alcance de imediato o direito almejado.

Barroso, (2015, p. 7), manifesta o sentimento de que o entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre o mandado de injunção 107-3 DF, “esvaziou a significação do mandado de injunção, ao equipara-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. (p.7) Na visão de Barroso, existem dois remédios pelos quais é dada ciência ao órgão omissor sobre sua omissão, porém nenhum que dê fim à violação do direito constitucional à parte. E cita, nesta linha de interpretação do remédio constitucional, a qual denomina “versão mesquinha do instituto”, a decisão de Sepúlveda Pertence sobre o mandado de injunção 168-S-RS, que segue:

"O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado⁷.(2015, p. 7)

⁶Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17924>, p. 2.

⁷Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45637/47410>

Segundo Barroso (2015,p. 8), a visão do STF começou a mudar a partir do MI 283-520, que tinha como fundamento o artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, uma vez que a lei não havia sido editada no prazo estipulado, e tal omissão impedia o exercício de um direito. O referido artigo continha a seguinte redação:

Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”. (2015, p. 8)

Comenta Barroso (2015, p. 8), que neste acórdão a Suprema Corte, além de declarar a mora do legislador, estabeleceu prazo para que fosse suprida a lacuna, sendo que findo esse prazo seria reconhecida ao impetrante a faculdade de este obter, contra a União, por via processual adequada, a reparação por perdas e danos.

3.2 O julgamento do MI 670/ES como um marco jurisprudencial concretista

Pretendemos aqui, a partir de uma análise do acórdão referente ao mandado de injunção 670 ES, que versava sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fazer uma comparativo com a interpretação equivocada ao remédio constitucional, que persistiu tornando o instituto ineficaz, e portanto impossibilitado que o mesmo concretizasse direitos constitucionalmente garantidos, desde o ato de sua promulgação na Constituição Federal de 1988, até 25 de outubro de 2007, data dessa decisão histórica, onde o Plenário do Supremo Tribunal Federal determinou que fosse aplicada a lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos, estabelecendo um marco que deixava para traz, após quase vinte anos de existência do *writ*, a visão engessada que perpetuava sua inefetividade, para, sim, dar lugar a uma atitude concretizadora de direitos, estabelecendo um novo marco jurisprudencial.

Lenza, em seu artigo⁸ “O mandado de injunção enquanto ação constitucional de natureza mandamental - a consolidação da posição concretista”, ao descrever o artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, que diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata”, e explica que o termo “aplicação”, não deve ser confundido com “aplicabilidade”, lembrando da teoria de José Afonso da Silva, que faz distinção entre duas classes de normas, as quais: normas de eficácia plena e contida, que conforme José Afonso, possuem aplicabilidade direta e imediata, e normas de eficácia limitada, que, na sua visão, tem aplicabilidade mediata ou indireta. E Lenza cita um ensinamento de José Afonso da Silva que diz:

[...]ter aplicação imediata quer dizer que as normas constitucionais são “dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam”. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais[...] sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos[...]nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e da mesma forma possibilitem sua verdadeira aplicação.[...]em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes (LENZA, 2014, p.260).

Lenza comenta ainda em seu artigo, que o mandado de injunção surgiu em 1988 como um importante instrumento de combate ao “silêncio legislativo”, acerca do qual a doutrina identifica quatro posições, sendo elas: - posição concretista geral: onde o Supremo Tribunal Federal legisla no caso concreto, produzindo decisão com efeitos *erga omnes* até que o Legislativo implemente a norma faltante; - posição concretista individual direta: onde a decisão valerá somente para o autor do mandado de injunção; - posição concretista individual intermediária: caso em que o Judiciário estabelece prazo ao Poder Legislativo para que este elabore a norma regulamentadora, sendo que, esgotando-se o prazo, e sem que ocorra a devida regulamentação, o autor passa a ter assegurado o seu direito, e, - posição não concretista: que apenas declara a omissão legislativa.

⁸LENZA, Pedro. O mandado de injunção enquanto ação constitucional de natureza mandamental - a consolidação da posição concretista. *Jornal Carta Forense*. 4 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-mandado-de-injuncao-enquanto-acao-constitucional-de-natureza-mandamental---a-consolidacao-da-posicao-concretista/6426>>. Acesso em: 19 maio 2017.

E prossegue, Lenza, destacando que, mesmo tendo o STF inicialmente adotado uma posição não concretista, tal entendimento encontra-se totalmente superado nos dias atuais, e faz menção a uma definição utilizada pela Ministra Carmen Lúcia em vários julgamentos em mandado de injunção, que diz que: "o mandado de injunção é ação constitucional de natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno". E conclui o autor, convicto de que é que o mandado de injunção é ação constitucional de natureza mandamental, expondo que, qualquer entendimento em sentido contrário geraria sentimento de frustração e desprestígio aos direitos fundamentais, e reduzia esta importante conquista do MI a um "nada".

3.2.1 Síntese do acórdão do mandado de injunção 670/ES

No julgamento do mandado de injunção 670/ES, conforme pode ser verificado no ANEXO B (2008), o STF, após quase vinte anos, finalmente permite que o remédio supra a omissão legislativa e dê uma solução concreta ao exercício de um direito previsto na Constituição, consagrando assim a posição concretista e determinando um novo rumo jurisprudencial.

O mandado de injunção 670 (2002, p. 11), foi impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (SINDIPOL), contra o Congresso Nacional, com pedido de medida liminar, e visava o reconhecimento do direito de greve da categoria, tendo como fundamento o disposto na Lei federal 7.783/89, e a ausência da norma regulamentadora de seu dispositivo art. 37, VII, que continha a redação: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar", tendo seu julgamento iniciado em 15 de maio de 2003, ocasião em que o Ministro Maurício Corrêa reconheceu a omissão do legislador na regulamentação, porém negou-se a conceder o direito ao caso concreto justificando sua posição como segue:

⁹Ocorre que não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito da competência prevista na Constituição. Também não lhe é facultado fixar prazo para que o Congresso Nacional aprove a respectiva proposição legislativa, nem anular sentença judicial, convalidando o mandado de injunção em tipo de recurso não previsto na legislação processual. (2002, p. 19).

Após o voto do Relator Ministro Maurício Corrêa (2002,p. 20),o Ministro Gilmar Mendes pediu vista. A seção era presidida pelo Ministro Marco Aurélio, e estavam também presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Ellen Gracie.

O Ministro Gilmar Mendes (2002, p. 20-21), após comentar o voto do Relator Ministro Maurício Corrêa,expõe que pediu vista dos autos para apreciara questão da conformação constitucional do remédio constitucional no direito brasileiro, bem como a evolução da interpretação do Supremo Tribunal Federal ao mesmo.

Segundo o Ministro, o poder constituinte originário, consagrou os direitos sociais que também vinculam o poder público, inclusive por força da eficácia vinculante oriunda da garantia processual constitucional, e destaca que a Constituição, ao atribuir expressiva relevância ao controle de constitucionalidade, adotando os mecanismos do art. 5º, LXXI, e art. 103, § 2º da CF, respectivamente (mandado de injunção e controle abstrato da omissão), criou a possibilidade de desenvolvimento de uma nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Assim o Ministro Gilmar Mendes conclui seu voto:

¹⁰Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, entendo ser válida a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Diante do exposto, voto no sentido de que o presente mandado de injunção seja conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 7.701/88 e 7.783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Em uma outra sessão (2002, p. 66), onde Gilmar Mendes era o Relator do MI 670, houve divergência com o Ministro Ricardo Lewandowski, sucedendo-se intenso debate entre ambos, mas no final prevalecendo a posição concretista que foi

⁹Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/207_1.pdf >.

¹⁰Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/207_1.pdf>, p. 40)

seguida pela maioria dos ministros. Já o Ministro Celso de Mello, compartilhando do anseio de Gilmar Mendes pela efetividade do remédio constitucional, assim como a maioria dos ministros do STF, expõe:

¹¹Decorridos quase 19 (dezenove) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à norma inscrita no art. 37, VII, da Constituição – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve de editar, até o presente momento, o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica do preceito constitucional em questão, não obstante esta Suprema Corte, em 19-5-94 (há quase 13 anos, portanto), ao julgar o MI 20/DF, de que fui Relator, houvesse reconhecido o estado de mora (inconstitucional) do Poder Legislativo da União, que ainda subsiste, porque não editada, até agora, a lei disciplinadora do exercício do direito de greve no serviço público.

3.2.2 Síntese do MI 721, relativo à aposentadoria especial, Art. 40, § 4º, CF

Conforme podemos constatar, a decisão que o STF proferiu no MI 670/ES, prestando ao remédio constitucional o entendimento concretista veio estabelecer um novo marco jurisprudencial que passou a influenciar as decisões que se seguiram.

Conforme Brasil (2010), ainda em 2007, foi impetrado o mandado de injunção 721, o primeiro a tratar da aposentadoria especial relativa ao serviço em atividades perigosas, as quais comprometem a saúde e a integridade do servidor. Neste mandado de injunção, que tinha como Relator o Ministro Marco Aurélio Melo, o Supremo Tribunal Federal proferiu sua decisão no sentido de que, por não existir disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, seria adotada a dos trabalhadores em geral.

No citado mandado de injunção, era impetrante, uma servidora do Ministério da Saúde, que havia exercido a função de auxiliar de enfermagem por mais de 25 anos, e teve sua aposentadoria negada. Ela tinha como fundamento para mandado de injunção, o disposto no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, dada a falta de lei complementar que viabilizasse o exercício do direito à aposentadoria decorrente do período laborado exposta a agentes nocivos à saúde.

Na decisão, o STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado no mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, e determinou que

¹¹Ibidem¹⁰

fosse assegurado à impetrante, o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, seguindo como parâmetro, o sistema do regime geral de previdência social que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada conforme a Lei 8.213/1991, art. 57. Assim, o mandado de injunção assumiu caráter mandamental e não meramente declaratório, sendo conferido ao Judiciário a prerrogativa de, não apenas cientificar o Poder omissor na regulamentação do direito às liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme expresso no artigo 5º, LXXI, mas sim viabilizar concretamente o exercício desse direito.

4 CONCLUSÃO

A decisão proferida no julgamento do mandado de injunção 107/DF, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que impediu que o remédio constitucional prestasse efetividade ao exercício de direitos constitucionalmente garantidos e inalcançáveis em razão da inércia legislativa, veio dotada de uma visão conservadora do Judiciário, traduzida na dissonância entre sua atuação e os anseios da coletividade, uma vez que colocou o princípio da separação de poderes acima do princípio da dignidade humana,

Os danos causados às inúmeras pessoas que continuaram a ter seus direitos negados durante quase vinte anos por conta da vinculação jurisprudencial criada a partir daquela decisão são irreparáveis, e essa constatação, pelo menos deve servir de alerta para que outras situações que impliquem em supressão de direitos não ocorram.

Os princípios garantidores da promoção da dignidade humana devem orientar a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pois ao contrário, apesar de não se estar rasgando de uma só vez a Constituição, como se observou em certos momentos vergonhosos da humanidade, ela estará sendo rasgada aos poucos, e isso é inadmissível e injusto com as muitas gerações de pessoas que, inconformadas com os regimes arbitrários de sua época, que lhes suprimiam os direitos, lançaram-se em confronto com os mesmos, tendo em muitos casos suas vidas ceifadas para que pudéssemos hoje viver dentro de um Estado democrático de direito.

O mandado de injunção, assim como outros instrumentos previstos pelo Constituinte com o intuito de promover a cidadania, deve sempre estar a serviço da sociedade, e sua impetração deve resultar no efetivo combate aos efeitos maléficos da inércia legislativa, permitindo que se alcance soluções concretas para a melhoria da qualidade de vida.

Neste sentido, no ano de 2007, quando foi revertida aquela visão que engessava o potencial do mandado de injunção como instrumento capaz de viabilizar o exercício de direitos e garantias constitucionais, o Judiciário foi protagonista de um papel determinante no fortalecimento da Democracia. O entendimento concretista

adotado quando do julgamento do MI 670/ES, veio como um reconhecimento do equívoco cometido e sustentado por um longo período de tempo pelo Judiciário, que acabava por “blindar” os poderes omissos, e reflete a postura que se espera dos poderes que nos representam, que devem ter como norteadores de suas ações o banimento das injustiças, a inclusão social, e acessibilidade aos direitos e garantias previstos na Constituição.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do judiciário no marco de um Estado de direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 229, p.433-452, mar. 2014.

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais (Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data)* 2.Ed. ampl.São Paulo: Saraiva, 1991

ALTMAN, M.Hoje na História: 1917 - É proclamada a Constituição mexicana. Opera Mundi.5 de fevereiro de 2011. disponível em:
<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/9397/conteudo+opera.shtml>>. Acesso em 16 de julho de 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. 807 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Mandado de Injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Brasília, v. 191, p. 1-13, jan./ mar. 1993. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45637/47410>. Acesso em: 18 jun.2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Parecer n. 18** de 2015.Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 18, de 2015 (nº 6.128, de 2009, na origem), do Deputado Flávio Dino, que disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e Coletivo e dá outras providências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4518108&disposition=inline>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI: 1442 DF – Inteiro Teor, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 03/11/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02189-1 PP-00113 RTJ VOL-00195-03 PP-00752). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766831/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1442-df/inteiro-teor-100482990?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 107-3-DF, Ministro Reator: Moreira Alves, [199-?]. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hhe-S78xq1gJ:www.sbdp.org.br/arquivos/material/1048_MI-QO_107_Voto_Min._Moreira_Alves.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI: 670 ES, Ministro Relator: Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 20/05/2002, Data de Publicação: DJ 24/05/2002 PP-00071. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14814212/mandado-de-injuncao-mi-670-es-stf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. (MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471).disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002473&base=baseAcordaos>> Acesso em 17 de julho de 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Omissão Constitucional**.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, F. K. A Constituição Mexicana de 1917. Direitos Humanos.1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em 16 de julho de 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **1934**: Curso de direito constitucional .34. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de Injunção**:Da inconstitucionalidade por omissão, Enfoques trabalhistas, Jurisprudência, 2. ed., atual. Ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LENZA, Pedro.**Direito Constitucional Esquematizado**.18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O mandado de injunção enquanto ação constitucional de natureza mandamental - a consolidação da posição concretista**. Jornal Carta Forense. 4 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/o-mandado-de-injuncao-enquanto-acao-constitucional-de-natureza-mandamental---a-consolidacao-da-posicao-concretista/6426>>. Acesso em: 19 maio 2017.

LEXML.21 de setembro de 1990. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;mi:1989-11-23;107>> Acesso em 17 de julho de 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PONTUAL, Marina dos Anjos. Análise da evolução dos efeitos conferidos à decisão do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/17924>>. Acesso em: 28 maio 2017.

RIBEIRO, Bruno Fialho. Controle de administração pública: mandado de injunção e ativismo judicial. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, SP, v. 11, n. 126, p.65-74, jun. 2016.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SENADO NOTÍCIAS. **Sancionada a lei que regula mandado de injunção, 2016**.

. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/24/sancionada-a-lei-que-regula-mandado-de-injuncao>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros: 2014. 934 p.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência.

Revista trimestral de jurisprudência, Brasília, ano 1, n. 1, p. 460. abr./jun. 1957.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/207_1.pdf>.

Acesso em: 12 jun. 2017.

ZANETI JUNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais: ("fracas-fortes") no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 234, p.235-271, ago. 2014.

ANEXO A

MI-QO 107 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 23/11/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção, e ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da carta magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que esta devidamente definida pelo artigo 102, i, 'q' -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.

ANEXO B

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [...]5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. [...]

Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Jus-

tiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paradedista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

(MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471)